

NOTAS SOBRE LA NUEVA LEY CHILENA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Dyalá Jiménez Figueres*

Directora para América Latina,
Corte Internacional de Arbitraje
de la Cámara de Comercio Internacional

Angie Armer Ríos**

U.S. attorney en ÁHJV

Con cincuenta y dos APPIs firmados a la fecha y acuerdos de libre comercio con los Estados Unidos, Canadá, México y Corea del Sur¹, Chile destaca como un país ciertamente abierto a la inversión extranjera. La resolución de conflictos es un componente importante dentro de este contexto de apertura comercial y el arbitraje se ha presentado como un instrumento idóneo para resolver este tipo de conflictos. En efecto, los APPIs y los acuerdos de libre comercio contienen disposiciones según las cuales las disputas entre los Estados partes y entre inversionistas extranjeros y el Estado se resolverán por medio de arbitraje².

Las presentes notas se refieren al arbitraje que no está regulado por estos acuerdos; aquél que se puede definir como el sistema de libre elección por las partes para resolver las controversias que las involucren y que surjan de contratos privados de índole comercial. En lo que respecta a este tipo de arbitraje comercial internacional, Chile ha ratificado instrumentos internacionales importantes, como las conocidas convención de Nueva York³ y convención de Panamá⁴. Estos tratados crean obli-

* Las opiniones expresadas son de la autora y en nada representan ni comprometen a la institución.

** Las opiniones expresadas son de la autora y en nada representan ni comprometen al estudio AHJV. Las autoras agradecen la colaboración de Rodrigo Gil y Catalina Medel.

¹ Véase Comité de Inversiones Extranjeras, IED en Chile, Regulaciones y Procedimientos, www.foreign.investment.cl.

² Véase, por ejemplo, convenio entre la República de Chile y el gobierno de la Repú-

blica de Perú para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículos 8 y 9; tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos, artículos 10 y 22. Chile también ratificó el convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones entre Estados y Nacionales de otro Estado de 1965 (convenio de Washington).

³ Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Ratificada por Chile el 4 de septiembre de 1975. Chile también firmó la Convención Interamericana sobre Efectos Extraterritoriales de Sentencias y Laudos Extranjeros de 1979 (convención de Montevideo), mas no la ha ratificado.

⁴ Convención Interamericana sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (conven-

gaciones relacionadas con ciertos aspectos del arbitraje internacional como, por ejemplo, la obligación de un juez de un tribunal ordinario a declararse incompetente ante una cláusula de arbitraje válida y la solicitud de una de las partes del acuerdo arbitral⁵ o el deber de reconocer y ejecutar un laudo extranjero⁶, salvo ciertas excepciones⁷. Sin embargo, no proveen un marco completo para la regulación del arbitraje comercial internacional llevado a cabo en Chile. Dicho marco lo ofrece, más bien, la CNUDMI o UNCITRAL, a través de su ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (Ley Modelo). Esta Ley Modelo ha sido importada a las legislaciones de un gran número de países⁸. Chile lo hizo recientemente al promulgar la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional el 10 de septiembre de 2004⁹, basada por completo en la Ley Modelo (en adelante, la ley de Arbitraje o la Nueva Ley).

Antes de la adopción de la Nueva Ley, en Chile no existía una normativa especial para regular el arbitraje co-

mercial internacional¹⁰. Se podía interpretar que un proceso arbitral desarrollado en Chile con partes extranjeras debía cumplir con los imperativos aplicables al arbitraje nacional, contenidos en el título IX del COT de 1943 y el título VIII, libro III del CPC de 1902¹¹. Es así como los casos de arbitraje comercial internacional con sede en Chile eran escasos en las grandes instituciones de arbitraje internacionales¹².

Con la promulgación de la nueva ley de arbitraje, Chile se une a las jurisdicciones que alcanzan los estándares mínimos internacionalmente reconocidos en esta materia¹³, lo cual da certeza jurídica a los usuarios y aporta a una armonía jurídica en la región¹⁴.

¹⁰ Ello fue señalado en el Mensaje del Presidente de la República del 10 de junio de 2003 (en adelante, *Mensaje o Mensaje del Presidente*) al presentar el proyecto de ley de Arbitraje: "...las normas del derecho chileno a propósito del arbitraje comercial internacional son claramente insuficientes y no recogen el carácter particular y específico del derecho del arbitraje en materia internacional", *Mensaje* sección IV.

¹¹ Además de las leyes del 1 de enero de 1883, sobre las calificaciones para los árbitros, y la del 8 de agosto de 1941, sobre otras cuestiones. Véase Carlos Eugenio JORQUIERA y Karin HELMLINGER, *International Arbitration in Latin America*, Blackaby, Lindsey y Spinillo, 2003, capítulo 4, p. 89.

¹² Por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI reporta solamente dos casos con sede en Chile desde 1999 hasta 2004.

¹³ De las economías más relevantes en la región, solamente Argentina debe aun modernizar su legislación sobre arbitraje comercial internacional.

¹⁴ Véase nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional ("La Ley Modelo constituye una base só-

ción de Panamá). Ratificada por Chile el 4 de agosto de 1976.

⁵ Véase artículo II(3) de la convención de Nueva York.

⁶ Véase artículo III de la convención de Nueva York y artículo 4 de la convención de Panamá.

⁷ Véase artículo V de la convención de Nueva York y artículo 5 de la convención de Panamá.

⁸ Cuarenta y seis países han adoptado la Ley Modelo, además de varios estados de los Estados Unidos de América. Para la lista actualizada de los países, visitar www.uncitral.org.

⁹ Publicada el 29 de septiembre de 2004.

El presente artículo no pretende analizar cada disposición de la Nueva Ley¹⁵. Más bien, su intención es:

- a) describir el ámbito de aplicación de la Nueva Ley,
- b) exponer sus características e
- c) identificar algunas cuestiones jurídicas y prácticas que se pueden presentar en su aplicación.

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY

El ámbito de aplicación de la Nueva Ley es menos amplio que en otros países latinoamericanos, si bien la Ley Modelo fue concebida para el arbitraje internacional, algunos países latinoamericanos la adoptaron para regular también el arbitraje interno¹⁶. Chile no optó por seguir el sistema monista y,

lida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales”). No obstante, es importante estudiar cada legislación para identificar las modificaciones –y su alcance– a la Ley Modelo. Para un análisis comparativo, véase Cristián CONEJERO R., “El Impacto de la Ley de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2004, p. 255.

¹⁵ Para otro análisis de la Nueva Ley, véase Cristián CONEJERO R., “The New Chilean Arbitration Law and the Influence of the Model Law”, *22 Journal of International Arbitration*, 2, 2005, p. 149.

¹⁶ Por ejemplo, México, Venezuela y Uruguay tienen sistemas monistas. Brasil sigue un sistema monista, aunque su ley no es una adaptación en sentido estricto de la Ley Modelo. También España adoptó la ley para arbitrajes internacionales e internos. En la ley 60/2003 de España, ciertas disposiciones son de aplicación

en cambio, promulgó la Nueva Ley solamente para casos de arbitraje internacional¹⁷. Ella se aplica a casos relacionados con disputas comerciales internacionales y cuyo lugar de arbitraje se encuentre en territorio chileno con algunas excepciones importantes¹⁸. En cuanto a la definición de “internacional”, la Nueva Ley chilena también sigue el texto original de la Ley Modelo, según la cual un arbitraje es internacional cuando las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando el lugar del arbitraje esté en un

solamente para casos internacionales. Para detalles, véase Fernando MANTILLA SERRANO, “The New Spanish Arbitration Act”, *21 Journal of International Arbitration*, 4, 2004, p. 368.

¹⁷ Colombia y Perú también optaron por un sistema dualista. No es claro por qué Chile no optó por un sistema monista, dada la opinión del profesor de Derecho Procesal Cristián Maturana Miquel, en el sentido de que la nueva Ley: “es más garantista de los derechos de las partes en controversia” que los principios matrices del COT. Véase informe de la comisión de la Cámara de Diputados de Relaciones Exteriores, “Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana sobre el proyecto de ley que regula el arbitraje comercial internacional”, *Boletín* N° 3252-10 del 26 de agosto de 2003 (en adelante “Informe de la Cámara”), sección IV.

¹⁸ El artículo 1(2) reza: “Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional”. Por ende, los artículos 8, 9, 35 y 36 se deben aplicar por los jueces chilenos aun si el arbitraje tiene lugar fuera de Chile. Los artículos 8, 35 y 36 se refieren a obligaciones contenidas en la convención de Nueva York, mientras que el artículo 9 se refiere a la asistencia del juez para la consecución de medidas cautelares.

lugar distinto al establecimiento de las partes, cuando una parte sustantiva de las obligaciones contractuales se desarrolle en un Estado distinto al del establecimiento de las partes o cuando las partes acuerden expresamente que la cuestión está relacionada con más de un Estado¹⁹. Por su lado, el artículo 2(g) de la Nueva Ley utiliza el concepto amplio de “comercial”, adoptando el texto de la Ley Modelo e incluyendo una lista no taxativa de materias, tales como cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, consultoría, inversión y asociaciones de empresas, por ejemplo²⁰.

Sin embargo, el artículo 1(5) de la Nueva Ley establece que ella:

310

“no afectará a ninguna otra ley que determine que ciertas controversias no son susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”.

¿Cuáles son dichas controversias?²¹ En este aspecto, se pueden identificar por

¹⁹ Véase artículo 1(3) de la Nueva Ley. En la historia fidedigna de la Nueva Ley se hace constar que: “no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia o contravenga normas de orden público, como por ejemplo, las relativas a la protección del consumidor”. Informe de la Cámara..., (n. 17), sección VI, comentario al artículo 1(3).

²⁰ Así, se expande el contenido del artículo 3 del *Código de Comercio*. Véase *Mensaje*, sección VI(2).

²¹ La historia fidedigna de la Nueva Ley confirma esta limitación. Véase Informe de la Cámara..., (n. 17), sección VI, comentario al ar-

lo menos dos tipos de situaciones de orden comercial en las cuales la Nueva Ley no se aplicará: ciertos contratos con el Estado y los asuntos relacionados con la protección del consumidor.

A pesar de que en el *Mensaje del Presidente* se señala que los contratos internacionales para el sector público pueden incluir estipulaciones de sujeción a tribunales arbitrales²², otras disposiciones de la normativa chilena limitan esta apertura al arbitraje. Entre las limitaciones se encuentra los contratos de inversión extranjera regidos por el DL N° 600²³, contratos de operación petrolera

título 34. En relación con disputas domésticas, existen materias que tienen que ser obligatoriamente resueltas por arbitraje, como partición de bienes y diferencias entre socios de una sociedad anónima. Véase artículo 227 del COT. Por otro lado, hay cuestiones que por ley está prohibido someter a arbitraje, como las pensiones a hijos menores y las causas criminales. Véase artículos 229 y 230 del COT. También los conflictos individuales de trabajo, según el fallo de la Corte Suprema del 18 de octubre de 1993, “Nelson Figueroa Escobar”, publicado en “El arbitraje en la jurisprudencia chilena”, arbitraje prohibido, conflictos laborales, en camsantiago.cl.

²² El *Mensaje del Presidente* hace referencia a D.L. 2.349 de 1978, el cual establece normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público. En efecto, el artículo 1 de dicha ley sí permite arbitrajes para el Estado de Chile y sus organismos, instituciones y empresas con ciertas limitaciones. En contraste, la facultad del Estado y las entidades estatales para someterse al arbitraje no está cuestionada en jurisdicciones como España y Costa Rica. Ver artículo 2 de la ley 60/2003 de España y artículo 18 de la ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica.

²³ El DL 600 establece el mecanismo voluntario de contrato de inversión extranjera que

y contratos con la Comisión Chilena de Energía Nuclear²⁴ y, además, contratos “sobre concesiones de bienes de uso público o de bienes fiscales”²⁵. Para estos casos mencionados, en la medida que la conducta del Estado llegue a constituir una violación de un APPI, las empresas particulares extranjeras podrán recurrir al arbitraje frente al CIADI u otro mecanismo previsto en el APPI respectivo.

le permite al inversionista garantizar invariabilidad tributaria, repatriación del capital después de un año y otras ventajas. Los contratos de inversión extranjera normalmente tienen domicilio en Santiago y son sujetos a la jurisdicción de los tribunales de Santiago de Chile.

²⁴ Véase Jaqueline RENCORET MÉNDEZ y Alfredo HESS BUCHROITHNER, *Análisis pormenorizado del DL 2349 de 28 de octubre de 1978*, memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 1985; pp. 60-61. Las leyes mencionadas son el DL N° 1.809 y DL N° 1.557.

²⁵ Véase el artículo 7 del DL 2.349. Sin embargo, la posterior ley de Concesiones de Obras Públicas permite y prevé un régimen según el cual se nombra una comisión conciliadora o, a falta de acuerdo, una comisión arbitral para “[l]as controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución”. Véase artículo 36 de la ley de Concesiones de Obras Públicas, DS N° 900 (este DS es el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley de Concesiones de Obras Públicas). Habrá que ver si se aplica la Nueva Ley a estas comisiones arbitrales cuando la contraparte del Estado sea una empresa extranjera. También hay prohibición en relación con las concesiones mineras. Véase fallo de la Corte Suprema del 21 de junio de 1990, en proceso rol N° 1.109, caratulado “Soc. Legal Minera La Unión de Tarapacá”, en Lexis-Nexis, N° 10987.

Por otro lado, el *Mensaje del Presidente* indica que la autonomía de la voluntad está limitada en lo que se refiere a las infracciones reguladas por la ley N° 19.496, que establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores²⁶. Según la mencionada ley, “consumidores” son “personas naturales o jurídicas que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatario final, bienes o servicios”²⁷. En esa ley no se define “destinatario final”; pero se puede pensar que no comprende a personas que adquieren bienes o servicios para fabricar, producir, importar, construir, distribuir o comercializar bienes o servicios a terceros.

B. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

311

Las tres características que resaltan de la Nueva Ley son:

- 1) la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes,
- 2) el respeto al debido proceso y
- 3) las limitaciones a la intervención judicial.

B.1. La primacía de la autonomía de la voluntad de las partes

Se puede decir que la autonomía de la voluntad es uno de los fundamentos básicos en materia de arbitraje e im-

²⁶ *Mensaje del Presidente*, sección VI(2). Ello se repite en el Informe de la Cámara..., (n. 17), comentario al art. 1(3).

²⁷ Véase artículo 1 de la ley N° 19.496.

plica que, a excepción de algunas normas obligatorias, la voluntad de las partes prima en el arbitraje²⁸. Este principio, en su sentido más amplio, se ve traducido en varios elementos de la Nueva Ley, dentro de los cuales destacan los siguientes:

- a) La definición amplia de acuerdo de arbitraje, sin requisitos formales que las partes puedan desconocer²⁹. En efecto, el acuerdo de arbitraje tiene como único requisito constar por escrito; ni siquiera tiene que constar en un documento, sino que puede resultar de

“un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”³⁰.

El acuerdo de arbitraje puede tener la forma de una cláusula com-

promisoria o de un compromiso³¹ y puede existir por referencia.

- b) La constitución libre del tribunal arbitral, sin limitaciones formales, incluyendo libertad para determinar el número de árbitros³², el procedimiento para nombrar los árbitros³³ y su nacionalidad³⁴. A

³¹ En general, la diferencia entre estos dos conceptos es que cuando se elabora el compromiso la controversia ya ha surgido, mientras que la cláusula compromisoria se refiere a disputas futuras. Pero en Chile la diferencia consiste, más bien, en si se incluye la identificación del árbitro o los árbitros (o de la tercera persona con autoridad para nombrar al árbitro o árbitros). Para un desarrollo de la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso en la legislación chilena para arbitrajes domésticos, véase Patricio AYLWIN AZÓCAR, *EL juicio arbitral*, 4ª ed., Santiago, Fallos del Mes, 1982, p. 215 y ss. También, Cristián CONEJERO ROOS, “The New Chilean Arbitration Law and the Influence of the Model Law”, *22 Journal of International Arbitration*, 2, 2005, sección B.3.

³² Véase artículo 10 de la Nueva Ley que establece: “A falta de acuerdo, el número será tres”. En las leyes española y mexicana, a falta de acuerdo, el número es uno. Véase artículo 12 de la ley 60/2003 española y artículo 1.426 del *Código de Comercio* de México. Para arbitrajes domésticos en Chile, el número puede ser “dos o más”, lo cual no refleja la práctica moderna de siempre contar con un número impar de árbitros (incluyendo árbitro único). Ver artículos 231 y 237 del COT y 630 y 641 del CPC. Aunque la Ley Modelo no indica explícitamente que los árbitros han de ser un número impar, sí establece que las decisiones han de tomarse por mayoría. Véase artículo 29 de la Nueva Ley.

³³ Véase artículo 11(2) de la Nueva Ley (“Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros [...]”).

³⁴ Véase artículo 11(1) de la Nueva Ley (“Salvo acuerdo en contrario de las partes, la na-

²⁸ Véase, por ejemplo, Horacio A. GRIGERA NAÓN, “La función del arbitraje comercial internacional”, *DeCITA*, N° 2, Ed. Zavalía, 2004. Conceptualmente, la primacía de este principio corresponde a la escuela que sostiene que el arbitraje es de naturaleza contractual. Para análisis sobre la naturaleza del arbitraje, ver, por ejemplo, FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 12 y ss.; Thomas CLAY, *L'Arbitre*, Paris, Ed. Dalloz, 2001, pp. 33-37; Pierre LALIVE, “Les règles de conflit des lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse”, *Revue de l'arbitrage*, N° 3, 1976, p. 157.

²⁹ Véase artículo 7 de la Nueva Ley. Cabe notar que la ley N° 19.799 regula el uso de firmas electrónicas en Chile, las cuales son permitidas para efectos del artículo 7 de la Nueva Ley.

³⁰ Véase artículo 7(2) de la Nueva Ley.

falta de acuerdo, y si los árbitros han de ser tres, cada parte tiene derecho a nombrar un coárbitro³⁵. Además, no se imponen requisitos legales para ser árbitro, como el de ser abogado³⁶.

- c) Las normas procesales de libre elección por las partes y, en su defecto, por el tribunal arbitral³⁷. Esto permite, en la práctica, que costumbres procesales de otras

latitudes se importen a los procesos arbitrales con sede en Chile. Por ejemplo, las partes pueden acordar que cada una designe a perito(s)³⁸, que se puedan llevar a cabo “contra-interrogatorios”³⁹ de los testigos, y que se practique un *discovery*, aunque sea limitado⁴⁰. En la práctica internacional, se hace cada vez más común ver casos con pautas procesales co-

cionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.”). Ver, también, artículo 2 de la convención de Panamá. Cabe notar lo que sucedió en un caso internacional CCI no publicado, entre partes chilenas y europeas, antes de la promulgación de la Nueva Ley. El lugar del arbitraje era Santiago y el derecho de fondo era el chileno. El presidente del tribunal arbitral no ostentaba la nacionalidad chilena y por ello fue recusado ante la CCI (se rechazó la recusación), invocando la disposición en la ley chilena que un abogado tiene que tener nacionalidad chilena. COT artículo 526; ver sección C.2 de este artículo. Posteriormente, la parte deudora solicitó la nulidad del laudo invocando las mismas causales de violación a las normas chilenas mencionadas. El desenlace de estas gestiones no se sabrá, ya que las partes le dieron fin a la controversia por medio de una transacción.

³⁵ En arbitrajes domésticos, las partes deben en principio acordar por unanimidad el nombramiento de todos los árbitros, lo cual elimina la importante oportunidad para cada parte de designar un árbitro. Ver artículo 232 del COT.

³⁶ La Corte Suprema se refirió a este punto en su oficio N° 1.306 de 9 de julio de 2003 como un posible problema para arbitrajes de derecho; pero la discusión en el Congreso concluyó que se debe respetar el principio de autonomía de las partes. Informe de la Cámara..., (n. 17), sección VI, comentarios al artículo 11.

³⁷ Ver artículos 19, 20, 24(1), 28(1) y 33 de la Nueva Ley. El artículo 20 de la Nueva Ley permite a las partes escoger el lugar del arbitraje,

pero se recuerda que el artículo 1(2) limita la aplicación de la Nueva Ley a procesos llevados a cabo en Chile (excepto las disposiciones de los artículos 8, 9, 35 y 36, como se mencionó anteriormente).

³⁸ En Estados Unidos se estila que cada parte nombre un experto para dar una declaración, otorgar testimonio y ser interrogado por la otra parte (“contra-interrogado”) sobre puntos de derecho o fácticos particulares. Para una definición de perito bajo la ley federal estadounidense, véase *Federal Rule of Evidence 702*. Estos peritos de las partes son adicionales a los peritos que el tribunal arbitral puede nombrar según artículo 26 de la Nueva Ley.

³⁹ Traducción libre del concepto *cross-examination*, que se refiere al interrogatorio que hace una parte a un testigo presentado por la otra parte en el juicio sin tener que someter dichas preguntas al tribunal previamente, con el fin de probar la veracidad del testimonio o de desarrollarlo, entre otros. Véase *Federal Rule of Evidence 611; Black's Law Dictionary*, 6ª ed.

⁴⁰ En la práctica judicial estadounidense, *discovery* se refiere a los documentos, entrevistas juradas, etc., que una parte puede solicitar de la otra para obtener información relacionada con el caso, con el fin de prepararse para el juicio. Véase *Federal Rule of Civil Procedure 26; Black's Law Dictionary* 6ª ed. En la práctica, el *discovery* en casos de arbitraje es mucho más limitado de lo que es en los Estados Unidos. Por ejemplo, todavía no se estila pedir archivos electrónicos ni declaraciones juradas en arbitrajes, lo cual es común en los Estados Unidos.

mo las descritas anteriormente⁴¹. Además, salvo acuerdo contrario, bajo la Nueva Ley se celebrarán audiencias orales⁴².

- d) Las normas de Derecho aplicables al fondo de la controversia son elegidas por las partes⁴³. La disposición pertinente prevé que a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral las determinará de acuerdo con “las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”⁴⁴. Cabe resaltar que otras legislaciones, como la española o la peruana, le dan a los árbitros la facultad de decidir las normas de derecho de fondo directamente, sin necesidad de aplicar normas de conflicto de leyes⁴⁵. En todo

caso, la determinación de los árbitros está siempre limitada por su obligación de decidir “con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”⁴⁶.

- e) El idioma del arbitraje puede ser el que las partes acuerden⁴⁷. A falta de acuerdo, será el tribunal arbitral quien lo determine.
- f) Finalmente, las partes pueden solicitarle al tribunal arbitral hacer constar una transacción que resuelva el litigio “en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes”⁴⁸.

Así, la Nueva Ley contiene varias normas que se aplican sólo a falta de acuerdo de las partes. Esto significa que si las

314

⁴¹ Prueba de ello es la elaboración de la *Guía de la Asociación Internacional de Abogados* para la obtención de la prueba en arbitraje comercial internacional (“IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration”), la cual refleja una mezcla de escuelas procesales. Véase texto en inglés en www.ibanet.org.

⁴² Véase artículo 24(1) de la Nueva Ley.

⁴³ Véase artículo 28(1) (“El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”).

⁴⁴ Véase artículo 28(2) de la Nueva Ley. En Chile, véase *Código de Derecho Internacional Privado*, ver, además, artículos 12-21, 950 y 951 del *Código Civil*, entre otros.

⁴⁵ La vía directa, o *voie directe*, es un concepto adoptado por el árbitro suizo Pierre Lalive para referirse al poder de los árbitros para aplicar las normas de fondo que estimen razo-

nables, sin necesidad de aplicar las normas domésticas o de Derecho Internacional Privado que resuelvan conflictos de leyes. Véase LALIVE (n. 28), pp. 156-185. Ver, también, artículo 34 de la ley 60/2003 española y artículo 117 de la ley peruana. En México, el artículo 1.445 del *Código de Comercio* indica, en lo pertinente, que los árbitros tomarán en cuenta “las características y conexiones del caso” para determinar el derecho de fondo.

⁴⁶ Véase artículo 28(4) de la Nueva Ley.

⁴⁷ Véase artículo 22(1) de la Nueva Ley (“Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral”).

⁴⁸ Véase artículo 30 de la Nueva Ley. Esto es permitido también en arbitrajes institucionales. Ver, por ejemplo, artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

partes han indicado que quieren someter su arbitraje a las reglas de una institución, dichas reglas se aplicarán como parte del acuerdo entre ellas, por referencia⁴⁹. Si las partes han acordado un arbitraje ad hoc, todas las cuestiones no determinadas por ellas o por el tribunal serán reguladas por las disposiciones correspondientes de la Nueva Ley.

Por último, la Nueva Ley dispone que los árbitros sólo tendrán poderes de amigable componedor cuando las partes así lo dispongan explícitamente⁵⁰. Ello refleja la práctica internacional, en la cual la mayoría de los arbitrajes son los llamados “de derecho”⁵¹. En cambio, en Chile se ha seguido una tendencia a escoger arbitrajes ante árbitros arbitradores⁵².

⁴⁹ En otras palabras, las disposiciones facultativas de la Nueva Ley serán reemplazadas por las disposiciones respectivas del reglamento en cuestión. Ver artículo 2(e) de la Nueva Ley.

⁵⁰ Ver artículo 28(3) de la Nueva Ley.

⁵¹ Éstos incluyen el arbitraje mixto tal como está definido en el Derecho chileno. Aunque no hay estadísticas que confirmen este dato, es raro ver cláusulas arbitrales en contratos internacionales que otorguen a los árbitros los poderes de amigable composición. Ver W. Lawrence CRAIG, William PARK y Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., New York, Oceana Publications, 2000, p. 351, citando a Eric LOQUIN, “L’amiable composition en droit comparé et international”, 1980, quien constata en treinta y cinco casos que los poderes de amigable composición son otorgados más frecuentemente en casos de tracto sucesivo que en contratos de corta duración. Ver, también, GONZÁLEZ DE COSSÍO (n. 28), p. 264.

⁵² Las estadísticas del CAM de la Cámara de Comercio de Santiago entre 1992 y 2005 re-

B.2. El respeto al debido proceso

Las disposiciones mencionadas en este acápite son normas imperativas, de las cuales, las partes, no se pueden apartar. De esta manera, se asegura que las mínimas expresiones del debido proceso sean respetadas, sin atentar contra la flexibilidad ni la eficacia del arbitraje.

El artículo 18 plasma la obligación principal de tratar a las partes de manera equitativa: “[d]eberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. Este trato equitativo se ve reproducido en las disposiciones referidas al proceso. Así, el artículo 23 establece el principio de que debe de haber una demanda y una contestación⁵³. El artículo 23(2), impone el deber al tribunal a notificar a las partes con suficiente antelación de las audiencias y actuaciones del proceso. Por último, el artículo 24(3) establece que ambas partes deberán tener igual acceso a la prueba. También es obligatorio que ambas partes puedan oír a los peritos

velan que un 75% de los casos contienen cláusulas que otorgan el poder de amigable componedor a los árbitros.

⁵³ La excepción es la rebeldía, en el artículo 25(b) (cuando “el demandado no presente su contestación con arreglo al numeral 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante”) y el artículo 25(c) (cuando “una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga”).

nombrados por la otra o por el tribunal arbitral, según lo dispone el artículo 26(2). Es de notar que la Nueva Ley no impone plazos para estas actuaciones.

La Nueva Ley destaca la importancia de la imparcialidad frente a las partes, aun, antes de la constitución del tribunal arbitral, con el deber de los árbitros de “revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”⁵⁴. Este deber se mantiene durante todas las actuaciones del proceso⁵⁵, y la Nueva Ley prevé la recusación en caso de que se alegue que el árbitro no es imparcial o independiente⁵⁶. Es de notar que una parte sólo puede recusar a un árbitro designado por ella “por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación”⁵⁷.

Por otro lado, los recursos con que cuentan las partes afectadas por alguna violación al debido proceso son el recurso de nulidad y la denegación de la ejecución del laudo. El laudo se podrá anular si la parte afectada prueba que ella

“no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”⁵⁸.

Un tribunal al cual se le ha solicitado reconocer o ejecutar un laudo puede denegar dicha solicitud si una de las partes “no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”⁵⁹. Es de notar que los artículos que contienen estas dos disposiciones, además de ser casi idénticos, también reflejan el contenido del artículo v de la convención de Nueva York. La correspondencia de estas normas tiene sentido, ya que dos comisiones de las Naciones Unidas fueron las que elaboraron, primero, la convención de Nueva York y después la Ley Modelo, con el fin de ofrecer a la comunidad internacional un sistema armónico de arbitraje⁶⁰.

Por último, cabe destacar un fenómeno importante en el arbitraje internacional, por lo menos institucional, y es participación de más de una parte

⁵⁴ Ver artículo 12(1). Cabe mencionar que el *Mensaje del Presidente* indica que en el arbitraje internacional existe un “conjunto bastante estricto de normas éticas” y establece que “debe entenderse el concepto de recusación en sentido amplio”, *Mensaje* sección VI(7). Ver el artículo 1 de la *Guía de la IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional* (“IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration,” texto en inglés en www.ibanet.org).

⁵⁵ Ver artículo 12(1) de la Nueva Ley.

⁵⁶ Ver artículo 12(2) de la Nueva Ley. También se puede recusar a un árbitro si no posee las cualificaciones convenidas por las partes.

⁵⁷ Ver artículo 12(2) de la Nueva Ley.

⁵⁸ Ver artículo 34(2)(a)(ii) de la Nueva Ley.

⁵⁹ Ver el artículo 36(1)(a)(ii) de la Nueva Ley. Es de notar que aun cuando una parte esté en rebeldía en los términos del artículo 25(b) y (c) de la Nueva Ley, los árbitros deben tener el cuidado de seguir notificando a dicha parte de las actuaciones procesales.

⁶⁰ Aun así, y debido a la naturaleza de la Ley Modelo, las causales del artículo 34 son disdistintas entre los países de la región. Para una descripción de las distinciones, ver CONEJERO ROOS (n. 14), pp. 279 y 280.

como “demandante” o “demandada”⁶¹. En el arbitraje con pluralidad de partes el respeto al debido proceso incluye la igualdad de condiciones para designar árbitros⁶², poner especial atención cuando una de ellas está en rebeldía, tener cuidado en lo que refiere a la condena en costas, entre otras cuestiones. La Nueva Ley chilena no contiene disposiciones para este tipo de arbitrajes⁶³; pero se puede garantizar el respeto al debido proceso de todas las partes en un arbitraje de este tipo haciendo una interpretación sensata de la Nueva Ley en su estado actual.

B.3. LAS LIMITACIONES A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

La expresión contundente de estas limitaciones se encuentra en el artículo 5, que reza: “En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en

que esta ley así lo disponga”⁶⁴. En el acápite C.3, más adelante, se exponen las dudas que subsisten en cuanto a la intervención judicial en los arbitrajes internacionales que no están detalladas en la Nueva Ley. Sin embargo, las situaciones en las cuales la Nueva Ley permite la intervención de los tribunales son pocas y son las siguientes:

- i. En los casos en los cuales una parte del acuerdo arbitral solicita al tribunal remitir el caso a arbitraje ante una cláusula de arbitraje válida⁶⁵;

⁶⁴ El artículo 5 fue rechazado por un voto de 56-17 en la Cámara de Diputados durante el primer trámite constitucional. El Senado lo re-instituyó y la Cámara de Diputados lo aprobó, haciendo la salvedad de que el mencionado artículo no puede privar a la Corte Suprema de sus deberes de superintendencia bajo el artículo 79 de la CPR. El alcance de esta salvedad está por verse y se analizará someramente más adelante.

⁶⁵ Ver artículo 8(1) de la Nueva Ley (“El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”). En la discusión frente al Congreso, la Corte Suprema mostró preocupación porque hubiera “la debida correspondencia y armonía entre el referido Artículo 8 y Artículo 36 del proyecto, puesto que cabe la posibilidad que se solicite en Chile la ejecución de un laudo dictado en país extranjero mientras esté pendiente ante un tribunal chileno la cuestión sobre nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución del acuerdo de arbitraje, a que alude Artículo 8”. Oficio de la Corte Suprema N° 1.306, 9 de julio de 2003; oficio de la Corte Suprema, 2 de diciembre de 2003. La Cámara de Dipu-

⁶¹ Este tipo de arbitraje ocupa alrededor de un 30% de los arbitrajes CCI, por ejemplo.

⁶² Para un análisis de este tema, ver Bernard HANOTIAU, “Complex, Multicontract, Multiparty Arbitrations”, *14 Arbitration International*, 4, 1998, p. 369. Existe un caso de la Cour de Cassation francesa que dio pie para una rica discusión sobre la igualdad de las partes en el nombramiento de los árbitros: Siemens AG y BKMI Industriean Lagen GmbH v. Dutco Construction Co., 1 Ch. Civ., 7 de enero de 1992 (el llamado “caso Dutco”).

⁶³ La ley 60/2003 española provee una disposición especial para la constitución del tribunal arbitral en un caso de arbitraje con más de dos partes. Ver artículo 15(2) de la ley 60/2003 española.

- ii. En los casos relacionados con el nombramiento de los árbitros, cuando no hay acuerdo de partes sobre el procedimiento o cuando éste no se cumple⁶⁶;
- iii. En los casos relacionados a la recusación, cuando no hay acuerdo de partes sobre el procedimiento o cuando éste no se cumple⁶⁷;
- iv. En los casos de cesación del cargo por parte de un árbitro, cuando haya desacuerdo entre las partes en relación con las causas de cesación⁶⁸;
- v. En los casos en los cuales una de las partes interpone una excepción de falta de competencia porque el tribunal arbitral ha excedido su mandato y éste se declara competente⁶⁹;
- vi. En los casos en los cuales el tribunal arbitral o una de las partes pide “la asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas”⁷⁰;
- vii. En los casos en los cuales una de las partes solicita la nulidad del laudo⁷¹. En este apartado es donde el legislador chileno incluyó una modificación a la Ley Modelo, ordenando al tribunal competente a colocar las peticiones de nulidad de inmediato en tabla, para que gocen de preferencia para su vista y fallo⁷². Dicha modificación busca que las peticiones sobre nulidades se resuelvan en un plazo corto, de acuerdo con el objetivo de celeridad que persigue el arbitraje comercial⁷³ y
- viii. En los casos en los cuales se solicita la ejecución de un laudo⁷⁴.

Las funciones referidas a los puntos ii. a v. señaladas precedentemente se-

tados estimó que no habrá conflicto dado que será “el mismo Tribunal Supremo el que deberá resolver sobre los dos”. Informe de la Cámara..., (n. 17), sección VI, comentario al artículo 8 de la Nueva Ley.

⁶⁶ Ver artículo 11(3) y (4) de la Nueva Ley.

⁶⁷ Ver artículo 13(1) y (3) de la Nueva Ley.

⁶⁸ Ver artículo 14(1) de la Nueva Ley.

⁶⁹ Ver artículo 16(3) de la Nueva Ley. El artículo 16(1) señala el principio de *kompetenz-kompetenz*, mediante el cual se reconoce la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su competencia. Por ende, una parte que desee atacar la jurisdicción del tribunal arbitral constituido bajo la Nueva Ley debe presentar su objeción al mismo tribunal arbitral, quien hará la determinación final sobre su propia competencia. Sin embargo, si la objeción es sobre el alcance de la competencia del tribunal arbitral, la decisión de dicho tribunal arbitral podrá ser revisada por el presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente, según el mencionado artículo 16(3).

⁷⁰ Ver artículo 27 de la Nueva Ley. La práctica de pruebas podría incluir, por ejemplo, las declaraciones de testigos, la confesión y la inspección personal por parte del tribunal. Ello se aplica aun para casos cuya sede sea fuera de Chile.

⁷¹ Ver artículo 34 de la Nueva Ley.

⁷² Ver artículo 34(5) de la Nueva Ley.

⁷³ Sobre este asunto, vale la pena mencionar el hecho de que la Nueva Ley no dispone nada sobre el plazo para laudar, como tampoco lo hace la Ley Modelo. Al no haber disposiciones derogatorias en la Nueva Ley, se puede preguntar si el plazo para arbitrajes internacionales ad hoc en Chile debe ser el dispuesto en el artículo 235 del COT; es decir, de dos años a partir de la aceptación del cargo por parte del árbitro (a falta de acuerdo distinto entre las partes).

⁷⁴ Ver artículo 35 de la Nueva Ley

rán ejercidas por el presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje, mientras que lo relativo al recurso de nulidad será conocido y resuelto por la Corte de Apelaciones respectiva⁷⁵.

Cuando la Corte de Apelaciones respectiva conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral a que se aplique la Nueva Ley, sólo podrá resolverlo conforme a las siguientes seis causales taxativas, cuatro de las cuales deben ser alegadas y probadas por la recurrente y dos que pueden ser declaradas de oficio⁷⁶.

⁷⁵ Ver artículo 6 de la Nueva Ley. Para los asuntos comprendidos del ii. al v., la autoridad mencionada no intervendrá en arbitrajes institucionales cuyos reglamentos contengan disposiciones al respecto. Por otro lado, cabe notar que se ha cuestionado si es posible que el presidente de la Corte de Apelaciones ratifique la competencia de un tribunal arbitral bajo el artículo 16(2) de la Nueva Ley y después la Corte de Apelaciones sea llamada a decidir sobre un recurso de nulidad del laudo resultado del mismo proceso bajo el artículo 34(2)(a) (iii) de la Nueva Ley, sin violentar su independencia. Ver Matthew WEININGER y Ruth BYRNE, "New Chilean Arbitration Law", Herbert Smith *Arbitration Briefing* marzo de 2005. Ver título XIX del CPC para las disposiciones relativas a la ejecución de laudos arbitrales.

⁷⁶ Ver artículo 34 de la Nueva Ley. En Chile no se añadieron causales a la Ley Modelo, lo que brinda certeza jurídica para el usuario. Existen jurisdicciones que incluyen causales adicionales para poder anular un laudo como, por ejemplo, en Brasil y Costa Rica, donde se puede anular un laudo si no es dictado dentro del plazo acordado por las partes. Ver artículo 67(a) de la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica. Para mayor detalle, ver CONEJERO ROOS (n. 14), pp. 280 y 281.

Según el artículo 34 (a) de la Nueva Ley, el recurso de nulidad procede cuando una de las partes pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- i. La incapacidad de una de las partes para acordar una cláusula compromisoria o la invalidez de la cláusula según el derecho aplicable;
- ii. La violación a las reglas del debido proceso;
- iii. Que el tribunal arbitral haya fallado en *ultra petita* (con la posibilidad de una nulidad parcial);
- iv. Una constitución del tribunal arbitral o un desarrollo del proceso arbitral distinto a aquello que ha sido acordado por las partes o que contravenga la Nueva Ley.

O cuando la Corte de Apelaciones respectiva compruebe que:

- i. Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje⁷⁷ o
- ii. Que el laudo sea contrario al orden público de Chile⁷⁸.

Cabe mencionar también que, conforme a la Nueva Ley una parte podrá solicitar a un tribunal ordinario la adop-

⁷⁷ Ver sección A de este artículo.

⁷⁸ A veces el concepto de orden público se confunde con la causal anterior, relativa a las materias susceptibles de ser resueltas por arbitraje. Ver, por ejemplo, fallo de la Corte Suprema del 18 de octubre de 1993, caratulado Nelson Figueroa Escobar ("...en los conflictos individuales del trabajo como es el caso que nos preocupa no es posible recurrir al arbitraje, aun cuando las partes voluntariamente pretenden someter sus diferencias a este procedimiento por el carácter de orden público de sus disposiciones").

ción de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral o, incluso, durante la substanciación del proceso arbitral⁷⁹. No obstante, la misma ley otorga esta facultad también al tribunal arbitral, junto con la de exigir garantías para ello, en su artículo 17.

Se ve, entonces que, salvo contadas excepciones, el poder de decisión final en relación con el proceso arbitral recae sobre las partes o sobre el tribunal arbitral. Es así como el tribunal arbitral es el juez de su propia competencia cuando ésta se cuestiona por supuesta falta de validez o existencia de la cláusula, decide sobre el idioma y demás cuestiones de procedimiento a falta de acuerdo de las partes y hasta puede ordenar medidas cautelares.

nadas con los aspectos anteriores y si dichas interpretaciones llevarán a una aplicación deseable de la Nueva Ley. Por “aplicación deseable”, se entiende que es la aplicación de la Nueva Ley que mejor cumpla el propósito de garantizar que el arbitraje se ajuste a los estándares internacionales, haciendo primar la autonomía de la voluntad, respetando el debido proceso y minimizando la intervención judicial a los casos estrictamente necesarios.

C.1. Confidencialidad del procedimiento

Existe una cuestión de orden práctico que no está prevista en la Nueva Ley: la confidencialidad del procedimiento. Ni la Ley Modelo ni algunos reglamentos de las principales instituciones arbitrales internacionales⁸¹ contienen obligaciones para las partes y

320

C. CUESTIONES JURÍDICAS Y PRÁCTICAS QUE SE PUEDEN PRESENTAR EN LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY

Hay por lo menos cuatro cuestiones importantes que pueden surgir en la aplicación de la Nueva Ley:

- 1) la confidencialidad del proceso,
- 2) la nacionalidad de los abogados,
- 3) la primacía de la Corte Suprema y
- 4) la ejecución de decisiones que afecten bienes en territorio chileno.

Debido en parte a que la Nueva Ley no contiene disposiciones derogatorias⁸⁰, es difícil aventurar acerca de cómo van a interpretar los jueces las normas del Derecho chileno relacio-

⁸¹ Los reglamentos de arbitraje internacional de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y de la AAA no contienen disposiciones sobre un deber de confidencialidad por las partes. El Reglamento de Arbitraje de la LCIA sí incluye una disposición al respecto: “Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial”. Ver artículo 30(1) del Reglamento.

⁷⁹ Ver artículo 9 de la Nueva Ley.

⁸⁰ Es de notar que la Nueva Ley tampoco contiene transitorio.

los árbitros de mantener los procesos en secreto⁸². Sí es común encontrar la obligación de mantener las audiencias cerradas a personas ajenas al proceso⁸³ y el deber de confidencialidad por parte de los funcionarios de la institución⁸⁴.

Es así como lo que tradicionalmente se consideraba una ventaja del arbitraje sobre la justicia ordinaria, la confidencialidad, no es absoluta y por eso quizá sea más correcto hablar de “privacidad” que de confidencialidad⁸⁵. Según la Real Academia de la Lengua Española, ‘privado’ es aquello “[q]ue se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna”. Ello contrasta con la publicidad y la formalidad de los procesos judiciales. Por esta razón, si las partes en un arbitraje en Chile desean mantener la confidencialidad de las actuaciones procesales y de los documentos, más allá de lo que ofrece el reglamento institucional respectivo –si es el

caso–, es recomendable que lo dispongan en la cláusula arbitral o en un documento distinto⁸⁶. No obstante la facultad de las partes de pactar confidencialidad, operarán en todo caso ciertas excepciones a ésta en razón de disposiciones legales que obligan a la publicidad⁸⁷.

C.2. Nacionalidad de los abogados

Se ha manifestado cierta preocupación en relación con una norma en el COT según la cual “[s]ólo los chilenos podrán ejercer la profesión de abogado. Lo dicho se entenderá sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales vigentes”⁸⁸. Esta disposición del COT fue declarada constitucional por la Corte Suprema en 1998⁸⁹. Ade-

⁸⁶ En un arbitraje CCI, se podría incluir en el Acta de Misión, para también cubrir a los árbitros.

⁸⁷ Por ejemplo, en algunas jurisdicciones, el deber que tienen las empresas que se transan en bolsa a anunciar a las entidades supervisoras que están involucradas en un proceso arbitral. En Chile, ver artículo 10 de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores.

También existe en Chile la siguiente obligación: “Los expedientes fallados por árbitros o arbitradores se archivarán en la comuna o agrupación de comunas donde se haya constituido el compromiso, en el oficio del funcionario a quien correspondería su custodia si se hubiera seguido el juicio ante los tribunales ordinarios”. Ver artículo 644 del CPC. Está por verse si esta obligación persistirá para casos de arbitrajes internacionales.

⁸⁸ Ver artículo 526 del COT. El artículo 520 del COT dispone: “Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”.

⁸⁹ Fallo de la Corte Suprema, Pedro Carlos Torres, 543-98, 28 de agosto de 1998, en Lexis

⁸² El artículo 34 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la AAA impone el deber de confidencialidad a los árbitros. Cabe notar que el artículo 24(2) de la ley 60/2003 española impone el deber de confidencialidad a las partes, los árbitros y, de ser el caso, las instituciones de la información que conozcan durante el proceso arbitral.

⁸³ Ver, por ejemplo, artículo 21(3) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 30(2) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA y artículo 34 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la AAA.

⁸⁴ Ver, por ejemplo, artículo 6 del apéndice I del Reglamento de Arbitraje de la CCI y artículo 30(2) del Reglamento de la LCIA.

⁸⁵ Para un desarrollo teórico y práctico actual sobre este tema, ver, por ejemplo, GONZÁLEZ DE COSSÍO (n. 28), pp. 270 y ss.

más, la ley 18.120 requiere la representación de las personas ante “cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial” por un abogado⁹⁰. Dicha ley tiene una excepción para los llamados arbitrajes “en equidad”, en cuyo caso sólo la primera presentación de una parte debe ser patrocinada por un abogado⁹¹.

Ahora bien, ¿qué sucedería en un caso de arbitraje internacional con sede en Chile donde los abogados de las partes son extranjeros? ¿Cuál suerte podría correr el laudo? Para declarar su nulidad, ¿podría la Corte de Apelaciones decidir que la disposición del COT es de orden público, en el sentido de que lo prevé el artículo 34(2)(b)(ii) de la Nueva Ley y decidir a favor de un recurso de nulidad contra el laudo? Por otro lado, ¿sería posible que los abogados que actúen en arbitrajes internacionales con sede en Chile enfrenten denuncias por violaciones de códigos de ética profesional o por el ejercicio no autorizado de la profesión?⁹².

Nexis, N° 15473. En este caso, un abogado de nacionalidad argentina revalidó su título de Abogado en la Universidad de Chile, rindió los exámenes necesarios para obtener su licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y realizó su práctica profesional, pero la Corte Suprema denegó su solicitud para que se le otorgara el título de abogado porque no era chileno, tal como lo requiere el artículo 526 del COT. La Corte Suprema no acogió su recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad bajo el artículo 19, números 2, 16 y 26.

⁹⁰ Ver artículos 1 y 2 de ley 18.120.

⁹¹ Ver artículo 2 de la ley 18.120.

⁹² El artículo 9 de la ley 18.120 establece que las partes, los funcionarios judiciales, los abogados y las asociaciones gremiales de abo-

Estas inquietudes fueron planteadas en el Senado y, aunque no hubo conclusión al respecto, es de notar que el Ministro de Justicia dijo que:

“aquí rige la ley orgánica constitucional sobre organización de los tribunales; un abogado extranjero no podría litigar en Chile, a menos que con posterioridad se hicieran las adecuaciones legales correspondientes”⁹³.

Debido a que no existe una derogación explícita de esta disposición en lo referente a casos de arbitraje internacional, para una futura reforma, sería posible dilucidar esta cuestión identificando el

gados pueden denunciar las infracciones. En Estados Unidos, es posible en algunos estados que un abogado pierda su licencia por ejercicio no autorizado de la profesión si el colegio de abogados chileno, por ejemplo, presenta una reclamación ante el colegio de abogados estadounidense respectivo.

⁹³ Ver discusión de la Nueva Ley en el Senado, 15 de junio de 2003. Comentarios de los senadores Coloma y Parra y del ministro de Justicia Luis Bates. Por otro lado, al comentar el artículo 11(1) referido a los árbitros, se señaló que: “...en el ámbito del arbitraje comercial internacional son las propias partes las llamadas a decidir la calidad de el o los árbitros que habrán de conocer y resolver una controversia. Se estimó que si éstas deciden que sea un abogado u otro profesional, el principio de la autonomía debe ser respetado”. Ver Informe de la Cámara..., (n. 17), sección VI, comentarios al artículo 17. Si bien es cierto que no se relaciona específicamente con la nacionalidad de los abogados de la causa, una consecuencia lógica de esta postura podría llevar a aceptar que los abogados de las partes pueden ser extranjeros.

espíritu de la norma del COT y el de la Nueva Ley⁹⁴.

Debido a que lo que se pretende es desarrollar a Chile como centro de arbitrajes internacionales⁹⁵, sería contraproducente que los jueces anulen laudos por el hecho de que en el proceso arbitral hayan participado abogados de nacionalidades distintas a las chilenas. De todos modos, y hasta que no haya claridad sobre este asunto, las partes de un arbitraje internacional con sede en Chile deberían siempre prever este posible inconveniente e incluir abogados chilenos en su representación a manera de precaución.

C.3. La relación de la Nueva Ley con la Constitución y la superintendencia de la Corte Suprema

Si bien excede el alcance de este estudio examinar el derecho constitucional chileno aplicable al arbitraje⁹⁶, es importante mencionar que en principio podría haber, a lo menos, tres recursos contra un procedimiento o laudo arbitral en Chile, además del recurso de nulidad del artículo 34 de la Nueva

Ley, el recurso de queja⁹⁷, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁹⁸ y el recurso de protección⁹⁹. La decisión del Tribunal Constitucional¹⁰⁰ que forma parte de la historia fidedigna deja claro que estos tres recursos deben de mantenerse para los arbitrajes comerciales internacionales¹⁰¹. Es

⁹⁷ El artículo 79 de la CPR establece que a la Corte Suprema le corresponde la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. En este respecto, se encuentra la expresión de la superintendencia de la Corte en el recurso de queja, el cual se puede interponer en contra de jueces y de árbitros. Ver artículo 545 del COT. Aun está por verse si la jurisprudencia aceptará que el recurso de queja sea admitido en contra de las decisiones de los árbitros en arbitrajes internacionales o si procederá en contra de las decisiones de las Cortes de Apelaciones relativas a la nulidad de los laudos, o en ninguno de los dos casos (por considerarse subsumido dentro del artículo 34 de la Nueva Ley).

⁹⁸ El artículo 80 de la CPR establece el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para casos particulares (sin efecto *erga homines*). Mediante este recurso, una parte que identifique una supuesta inconstitucionalidad en la aplicación de cualquier ley a su caso particular (siempre y cuando no haya cosa juzgada), puede solicitar la inaplicabilidad de dicha ley.

⁹⁹ Ver artículo 20 de la CPR.

¹⁰⁰ La nueva Ley fue aprobada con el quórum necesario para una ley orgánica constitucional como requiere artículo 63 de la CPR.

¹⁰¹ Al decidir que la Nueva Ley era constitucional, el Tribunal Constitucional indicó que el alcance del artículo 5 de la Nueva Ley “debía dejar a salvo la facultad que a [la Corte Suprema] otorga el artículo 79 del a CPR... e igualmente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes...”. Cuenta del oficio del Tribunal Constitucional de fecha 31 de agosto de 2004, considerando decimosexto. También se indicó que se dejan a salvo “...las ac-

⁹⁴ Artículos 8-11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Ver texto en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/dudh.htm>.

⁹⁵ Según el *Mensaje* la Nueva Ley persigue permitir que Chile ocupe un lugar destacado como centro de arbitrajes en el comercio internacional, especialmente en el ámbito latinoamericano. *Mensaje* sección II.

⁹⁶ La Nueva Ley es de rango de ley orgánica constitucional bajo el artículo 63 de la CPR dado que los artículos relevantes a derechos constitucionales fueron aprobados como tales.

poco probable que el Tribunal Constitucional llegue a considerar que estos recursos son renunciables¹⁰².

Sin perjuicio de lo anterior, el Mensaje establece que:

“el texto que se propone debe interpretarse en forma de favorecer la vigencia del arbitraje internacional en su mayor amplitud para así apoyar el intercambio internacional”¹⁰³.

Además, se llama a “los tribunales nacionales a [...] inmiscuir lo menos posible para lograr que la ley sea un éxito”¹⁰⁴.

C.4. Ejecución de decisiones que afecten bienes en territorio chileno

324 Otro tema que puede presentar un desafío para la práctica del arbitraje internacional en Chile es lo relacionado con la

acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley”. Cuenta del oficio del Tribunal Constitucional de fecha 31 de agosto de 2004, considerando decimoséptimo. El comentario por la Cámara de Diputados a la Nueva Ley deja claro que esta ley “no obsta a los recursos constitucionales”. Informe de la Cámara..., (n. 17), sección VI, comentario al artículo 5.

¹⁰² Ver dictamen N° 895/131 de la Comisión Preventiva Central del 20 de enero de 1994 (“la cláusula arbitral no puede contener disposiciones que atenten contra normas de Orden Público, como por ejemplo, suprimir el recurso de queja”).

¹⁰³ *Mensaje del Presidente*, 10 de junio de 2003, sección V.

¹⁰⁴ Informe de la Cámara de Diputados, discusión general. Palabras del señor Sergio Urrejola, presidente del Colegio de Abogados.

ejecución de laudos¹⁰⁵ y decisiones cuando ellas afecten bienes que se encuentren en territorio chileno. Esta cuestión no es novedosa en virtud de la Nueva Ley, por estar contenida en las Convenciones de Nueva York y de Panamá. La nueva Ley la incluye en sus artículos 35 y 36.

¿Qué sucedería si una parte extranjera busca ejecutar un laudo extranjero¹⁰⁶ contra una parte chilena y por ende afectar sus bienes en Chile? ¿Qué ocurriría si se otorga una medida cautelar en contra de bienes situados en Chile? ¿Podría sostenerse que el artículo 16 del *Código Civil*¹⁰⁷ es de orden público, a la

¹⁰⁵ Aunque la Nueva Ley no lo diga explícitamente, se puede entender que el concepto de “laudo” incluye todo tipo de laudo y no solamente el laudo final. Ver, por ejemplo, el artículo 2(iii) del Reglamento de Arbitraje de la CCL, según el cual “‘laudo’ hace referencia, *entre otros*, a un laudo interlocutorio, parcial o final”. (El destacado es nuestro). Vale la pena mencionar que el artículo 29 de la Nueva Ley dispone que las decisiones deberán de tomarse por mayoría (a falta de acuerdo en contrario por las partes). En el régimen chileno para arbitrajes nacionales, si los árbitros no llegan a una mayoría, el acuerdo arbitral queda sin efecto. Ver artículos 238 del COT y 631 y 640 y 641 del CPC.

¹⁰⁶ Aunque la Nueva Ley no lo mencione, se entiende que estas disposiciones se refieren a laudos extranjeros. Es preciso señalar que el artículo 1 de la convención de Nueva York incluye “sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. Por lo tanto, es posible imaginar que un laudo dictado en Chile pueda llegar a ser ejecutado como laudo extranjero (por ejemplo, cuando involucre intereses puramente extranjeros).

¹⁰⁷ El artículo 16 del *Código Civil* chileno establece lo siguiente: “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

luz del artículo 36(1)(b)(ii) de la Nueva Ley y el artículo v(2)(b) de la convención de Nueva York? Si lo es, ¿cuál sería su alcance?

La jurisprudencia no da una respuesta contundente a estas preguntas. En un caso, la Corte Suprema denegó el *exequatur*, entre otros, porque la solicitud era

“...contraria a la jurisdicción nacional, toda vez que se refiere a bienes situados en el territorio nacional que, según lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, están sujetos a la ley chilena, **esto es a la jurisdicción de los tribunales de este país**, por lo que de accederse al exequatur se vulneraría una norma de orden público que obsta a la petición que se ha formulado”. (El destacado es nuestro)¹⁰⁸.

No obstante, en un fallo más reciente¹⁰⁹, la Corte Suprema deja ver que la

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”.

¹⁰⁸ Corte Suprema, fallo N° 1934-99, del 17 de noviembre de 1999, en LexisNexis, N° 16383. El caso se dio a raíz de un juicio penal en el extranjero en el cual se solicitó el *exequatur* de una orden de embargo sobre ciertos bienes de un imputado chileno residente en Argentina. Hubo un voto de minoría que indicó que la disposición aludida no puede ser obstáculo para que se pueda hacer efectiva la responsabilidad económica del encausado, derivada de ilícitos penales.

¹⁰⁹ Corte Suprema, fallo N° 868-2003, del 30 de noviembre de 2004, en LexisNexis, N° 31529.

restricción del artículo 16 del *Código Civil* se refiere, más bien, al derecho de fondo¹¹⁰. Además de lo anterior, la historia fidedigna indica, al comentar el artículo 17 de la Nueva Ley (relativo a las medidas cautelares), que la posibilidad de que un tribunal arbitral ordene medidas provisionales cautelares es consonante con

“...la dimensión internacional del litigio y con el mundo globalizado, que hace posible trasladar internacionalmente bienes para frustrar el resultado de la acción”¹¹¹.

Cabe mencionar, por último, que también se encuentra en Chile casos de ejecución exitosa de laudos extranjeros, sin indicación alguna al artículo 16 del *Código Civil*.

¹¹⁰ Para ello, los ministros interpretaron el artículo 16 del *Código Civil* junto con el artículo 113 del *Código de Comercio*, el cual reza: “Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil.

Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, **a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa**”. (El destacado es nuestro).

¹¹¹ Informe de la Cámara..., (n. 17), sección vi, comentario al artículo 17.

D. CONCLUSIÓN

Para concluir, se hará referencia a los tres objetivos que, según el *Mensaje del Presidente*¹¹², se persiguen con la promulgación de la Nueva Ley, y en qué medida se podrían llegar a cumplir.

En primer lugar, se indica como uno de los propósitos el de ofrecer un mecanismo ágil de resolución de controversias para las pequeñas y medianas empresas. A partir de ahora, estas empresas podrán insertar en sus contratos una cláusula arbitral con la certeza de tener una normativa especial y moderna para ello cuando se involucren en relaciones comerciales con empresas extranjeras. En ese sentido, la Nueva Ley ofrece la posibilidad para las pequeñas y medianas empresas chilenas de contar con un mecanismo ágil y adecuado en su propio país para resolver sus disputas comerciales, sin gastos de viaje, entre otros gastos comunes en arbitrajes internacionales con sedes en Europa o los Estados Unidos, por ejemplo.

También se menciona el anhelo de convertir a Chile en un centro de arbitraje regional o internacional. La manera en la cual la jurisprudencia vaya interpretando la Nueva Ley y su integración con la normativa existente determinará en gran parte si Chile ha de convertirse en un centro importante de arbitrajes internacionales. Dependerá también del costo que implique para las partes viajar a Chile, de cuánto se desarrollen otros países de la región instituciones y enlaces relacionados en el tema y de cuánto se preparen los abo-

gados y árbitros chilenos en la materia, entre otras cosas¹¹³.

Por último, con la Nueva Ley se desea dar seguridad jurídica en relación con la multiplicación de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales. Este objetivo se alcanzó en gran medida con el solo hecho de haber promulgado la Nueva Ley, sobre todo por ser ella prácticamente idéntica a la Ley Modelo. Así, las partes contratantes que estén familiarizadas con el arbitraje y lo prefieran para sus conflictos internacionales sabrán exactamente qué esperar del régimen de arbitraje internacional en Chile, desde el punto de vista puramente legal.

Se celebra la promulgación de la Nueva Ley con optimismo y con la esperanza de que en su aplicación los abogados, árbitros y jueces chilenos satisfagan el deseo de los chilenos de que este país sea ejemplar en el área de apertura comercial en su más amplio sentido. Con la promulgación de la Nueva Ley, se puede decir que se completa el cuadro que dibuja a Chile como un país amigo del comercio internacional. El arbitraje sigue al comercio y con un mecanismo como el propuesto por la Nueva Ley los inversionistas tendrán mayor certeza de que las reglas del juego son verdaderamente modernas en Chile.

¹¹² *Mensaje*, sección II.

¹¹³ Para un análisis de América Latina como sede de arbitraje, ver Eduardo SILVA ROMERO, "América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales", *Revista de Arbitragem e Mediação*, 1, 2004, p.88.